

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070116 vom 10. Juni 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-06-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA070116](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070116)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070116 du 10 juin 2008

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070116 del 10 giugno 2008

## Erwägungen

### E. 1

A.,

#### E. 1.1

Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, bei der rückwirkenden Geltendmachung von Unterhaltsbeiträgen für den Beschwerdegegner persönlich handle es sich nicht um ein Abänderungsverfahren. Deshalb sei die beantragte Anordnung grundsätzlich zulässig. Denn ein Ehegattenunterhalt für den Beschwerdegegner sei im ersten Verfahren zwar im Rahmen der persönlichen Befragung kurz thematisiert worden. Ein angeblicher Verzicht des Beschwerdegegners habe aber weder in den formellen Anträgen noch im Dispositiv seinen Niederschlag gefunden. Die Forderung nach Unterhaltsbeiträgen hätte somit im damaligen Rekursverfahren gar nicht mehr eingebracht werden können. Aufgrund der in diesem Punkt geltenden Dispositionsmaxime sei der Eheschutzrichter zudem weder verpflichtet noch berechtigt gewesen, von Amtes wegen auf die formelle Regelung dieser Frage zu drängen. Das Verhalten des Beschwerdegegners könne auch nicht als rechtsmissbräuchlich gewertet werden. Denn den Parteien sei es unbenommen gewesen, diese Frage auch aussergerichtlich zu regeln, wovon der Beschwerdegegner damals offenbar ausgegangen sei. Hinzu komme, dass ihm im Rahmen des ersten Eheschutzentscheides zur Erzielung eines eigenen Einkommens eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen gewesen wäre. Diesfalls hätte er aufgrund seiner nachfolgenden Erkrankung und der damit einhergehenden Arbeitsunfähigkeit erfolgreich auf Abänderung bzw. Verlängerung der Übergangsfrist klagen können, da darin keine selbstverschuldete Säumnis in der Erzielung eines angemessenen Einkommens gesehen werden könnte (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14 f.).

- 5 -

#### E. 1.2

Die Beschwerdeführerin wendet dazu ein, der Beschwerdegegner habe im Eheschutzverfahren vor Bezirksgericht \_\_\_\_\_ ausdrücklich auf Mittel von seiner Ehefrau verzichtet. Angesichts seiner Aussagen in jenem Eheschutzverfahren könne nicht willkürfrei angenommen werden, er sei damals in der Frage der Unterhaltsbeiträge von einer aussergerichtlichen Regelung ausgegangen (Beschwerde KG act. 1 S. 4). Nachdem der Beschwerdegegner im ersten Eheschutzverfahren keine Unterhaltsbeiträge beantragt gehabt habe, habe dies im Dispositiv des ersten Eheschutzentscheides nicht geregelt werden können (Beschwerde KG act. 1 S. 5). Der Beschwerdegegner habe im ursprünglichen Eheschutz- und Rechtsmittelverfahren keine Unterhaltsbeiträge verlangt. Eine rückwirkende Anpassung sei unter diesen Umständen willkürlich, offensichtlich unangemessen, dem eigenen Handeln des Beschwerdegegners widersprechend und Treu

und Glauben missachtend. Der Beschwerdegegner selber habe mit seinem Abänderungsbegehren vom 4. Mai 2006 keine rückwirkenden Unterhaltsbeiträge verlangt. Auch er sei demnach damals davon ausgegangen, dass ein gültiger Verzicht vorgelegen habe (Beschwerde KG act. 1 S. 6). Wenn der Beschwerdegegner im ursprünglichen Eheschutzverfahren keine Unterhaltsbeiträge verlangt bzw. ausdrücklich auf solche verzichtet habe, werde der darauf gestützte Entscheid infolge der Dispositionsmaxime beachtlich und bis zu einem allfälligen Abänderungsbegehren verbindlich (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f.). Die vorinstanzliche rückwirkende Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an den Beschwerdegegner persönlich verletze deshalb auch die Verhandlungsmaxime und § 191 ZPO (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f.).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdegegner verweist auf die Vorinstanz. Er habe an der Verhandlung vom 14. August 2006 in Analogie zu Art. 173 Abs. 3 ZGB die Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 176 Abs. 1 ZGB für das Jahr vor Einreichung des Begehrens fordern können. Bis zum 20. März 2005 hätten die Parteien versucht, die finanziellen Belange über eine Mediation zu regeln. Durch den Abbruch der Mediation und die gleichzeitige Weigerung, Unterhalt zu bezahlen, habe sich die Beschwerdeführerin treuwidrig verhalten. Damit bestehe auch ein Ausnahmefall für eine rückwirkende Abänderung (Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 3 f.). Zur Zeit des ursprünglichen Eheschutzverfahrens sei der Beschwerdegegner in guten

- 6 - Treuen davon ausgegangen, dass ihm durch eine Vermögensteilung in der Mediation eine eigenständige Einkunftsöglichkeit erhalten bleibe (Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 4). Die Mediation sei erst im März 2006 gescheitert. Erst ab diesem Zeitpunkt sei klar gewesen, dass der Beschwerdegegner kein eigenes Einkommen aus den Erträgen des ehelichen Vermögens werde erzielen können. Unmittelbar nach Abbruch der Mediationsverhandlungen habe er mit Schreiben vom 7. April (recte:) 2006 von der Beschwerdeführerin entsprechende Unterstützung gefordert, die ihm versagt geblieben sei. So sei er gezwungen worden, die ihm zustehenden Unterhaltsbeiträge auf dem Gerichtsweg geltend zu machen. Das habe er mit der Eingabe vom 4. Mai 2006 getan (Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 6). Im ersten Eheschutzverfahren sei der Unterhalt der Parteien nicht geregelt worden. Keine Partei habe einen entsprechenden Antrag gestellt, weil die Parteien diese Frage aussergerichtlich hätten lösen wollen. Im Eheschutz- und Massnahmeverfahren könne die Partei, die auf Unterstützung der anderen angewiesen sei, rückwirkend Unterhalt fordern (Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 6). Im Eheschutzentscheid vom 24. Juni 2005 sei bezüglich der Frage der persönlichen Unterhaltsbeiträge nichts angeordnet oder festgestellt worden. Die Vorinstanz habe demnach mit der rückwirkenden Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen weder § 54 ZPO noch § 191 ZPO verletzt (Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 7).

### **E. 1.4**

Im Rahmen einer Abänderung von Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB kommt eine Rückwirkung höchstens bis zum Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs in Frage (Urteil des Bundesgerichts vom 23.11.2004 5P.385/2004 Erw. 1.1; Hausheer Reusser Geiser, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, N 14 zu Art. 179; Basler Kommentar, Honsell Vogt Geiser, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel 2006 [Hasenböhler/Opel], N 8 zu Art. 179; Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, Bern 2008, Rz 4.09; Schwenzler, FamKommentar Scheidung, Bern 2005, N 4 zu Art. 179). Ob

dem Beschwerdegegner persönliche Unterhaltsbeiträge für die Zeit vor Einreichung des diesbezüglichen Antrags (am 4. Mai 2006; KG act. 7/5/1 S. 2) zugesprochen werden durften, entscheidet sich demnach vorab danach, ob es sich bei diesem Antrag um einen Abänderungsantrag im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB handelt,

- 7 - wie die Beschwerdeführerin geltend macht, oder nicht, wovon die Vorinstanz ausging. Die Vorinstanz stellte zwar fest, dass ein Ehegattenunterhalt für den Beschwerdegegner "im ersten Verfahren" (gemeint im Eheschutzverfahren EE050014) zwar kurz thematisiert worden war. Ein "angeblicher" Verzicht des Beschwerdegegners habe aber weder in den formellen Anträgen noch im Dispositiv (der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 24. Juni 2005) einen Niederschlag gefunden (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14). Dass deswegen (und bzw. weil die Forderung nach Unterhaltsbeiträgen für den Beschwerdegegner persönlich im damaligen Rekursverfahren, in welchem der Beschwerdegegner erstmals anwaltlich vertreten war, gar nicht mehr habe eingebracht werden können [KG act. 2 S. 14]) nicht von einem Abänderungsverfahren im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB auszugehen wäre, ist indes nicht schlüssig. Am 21. März 2005 hatte die Beschwerdeführerin bei der Eheschutzrichterin des Bezirkes \_\_\_\_\_ ein Gesuch um Erlass eheschutzrichterlicher Massnahmen gestellt und beantragt, es sei festzustellen, dass sie zum Getrenntleben berechtigt sei (KG act. 7/5/10/1 S. 2). Darauf eröffnete die Eheschutzrichterin ein gerichtliches Verfahren im Sinne von Art. 172 ff. ZGB. Die Parteien waren sich über die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes einig, und die Eheschutzrichterin nahm von ihrer Berechtigung zum Getrenntleben Vormerk (KG act. 7/5/10/40 S. 4 Erw. III und S. 15 Dispositiv Ziff. 1). Es ging im Eheschutzverfahren darum, die Folgen dieses Getrenntlebens im Sinne von Art. 176 ZGB zu regeln. Das tat die Eheschutzrichterin mit der Verfügung vom 24. Juni 2005 (KG act. 7/5/10/40). Grundsätzlich wären in diesem Rahmen (auch) Unterhaltsbeiträge für die Parteien persönlich zu regeln gewesen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Davon, so auch von einem Unterhaltsbeitrag für den Beschwerdegegner persönlich, findet sich in der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 24. Juni 2005 aber offensichtlich deshalb nichts, weil die Parteien, auch der Beschwerdegegner, kein Begehren nach persönlichen Unterhaltsbeiträgen gestellt, sondern explizit darauf verzichtet hatten (KG act. 7/5/10 Prot. S. 8). Von einem solchen Verzicht ging auch der Beschwerdegegner selber noch am 16. August 2006 aus (KG act. 7/5/24 S. 14 [dieses Dokument wurde in der Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 4 oben zitiert]). Wollte eine der Parteien

- 8 - später im Rahmen des gleichen Getrenntlebens doch Unterhaltsbeiträge für sich persönlich gerichtlich zugesprochen erhalten, handelte es sich bei einem entsprechenden Begehren durchaus um ein Abänderungsbegehren im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB, mit welchem diese Partei eine entsprechende gerichtliche Anpassung der eheschutzrichterlichen Massnahmen des Getrenntlebens verlangte. Das war denn auch im vorliegenden Fall offensichtlich so. Mit Eingabe vom 4. Mai 2006 stellte der Beschwerdegegner unter dem Betreff "Abänderung Eheschutz" (KG act. 7/5/1 S. 1) das Rechtsbegehren, die eheschutzrichterliche Verfügung vom 24. Juni 2005 sei in dem Sinne abzuändern, dass (neben weiteren Anträgen) die Beschwerdeführerin zu verpflichten sei, ihm einen monatlichen Unterhaltsbeitrag für sich und die Kinder zu bezahlen (KG act. 7/5/1 S. 2). Darauf wurde beim Bezirksgericht Zürich, EinzelrichterIn, ein Verfahren "betreffend Eheschutz/Abänderung der Verfügung vom 24. Juni 2005" angelegt (KG act. 7/5). Auch seinen erstmaligen Antrag an der erstinstanzlichen Verhandlung vom 14. August 2006, die

Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihm rückwirkend ab 20. August 2005 einen Unterhaltsbeitrag für sich und die Kinder zu bezahlen, stellte der Beschwerdegegner als Antrag (neben weiteren) um Abänderung der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 24. Juni 2005 (KG act. 7/5/24 S. 1). Das vorinstanzliche Verfahren hat den (ausschliesslichen) Betreff "Abänderung Ehe- schutz (Obhut über die Kinder, Besuchsrecht, Zustimmung zu Auslandsreisen, Unterhaltsbeiträge, Zuteilung der ehelichen Liegenschaft)" (KG act. 7/1, KG act. 2 S. 2). Auch wenn die eheschutzrichterliche Verfügung vom 24. Juni 2005 (aus den vorgenannten Gründen) nichts über Unterhaltsbeiträge für die Parteien persönlich enthält, so handelt es sich beim späteren Antrag des Beschwerdegegners mit seinem Abänderungsbegehren, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihm Unterhaltsbeiträge für sich persönlich zu bezahlen, doch klarerweise um einen Antrag auf entsprechende Abänderung der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 24. Juni 2005 über die Regelung des Getrenntlebens der Parteien im Sinne von Art. 176 ZGB, und bei den vorinstanzlichen Verfahren, welche durch diesen Antrag (und die weiteren Abänderungsanträge des Beschwerdegegners) eröffnet wurden, um Abänderungsverfahren. Die gegenteilige Annahme der Vo-

- 9 - rinstanz ist nicht haltbar, sondern willkürlich, und der darauf basierende angefochtene Beschluss ist aufzuheben.

#### **E. 1.5**

Daran ändert nichts, dass der Beschwerdegegner vor seinem Abänderungsbegehren vom 4. Mai 2006 nach seiner Behauptung im Rahmen einer Mediation von einer aussergerichtlichen Regelung ausgegangen war (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14 f.; Beschwerdeantwort KG act. 2 S. 3 - 7). Einerseits wäre dies höchstens für die Zeit zwischen der Einreichung des Abänderungsbegehrens vom 4. Mai 2006 und dem vorinstanzlichen Rekursentscheid vom 16. Juli 2007 von Belang, denn eine Rückwirkung über den Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsbegehrens hinaus fällt, wie dargelegt, ausser Betracht. Andererseits erscheinen die entsprechenden Behauptungen des Beschwerdegegners als widersprüchlich und nicht nachvollziehbar. An der eheschutzrichterlichen Verhandlung vom 30. Mai 2005 (KG act. 7/5/10 Prot. S. 2 ff.) erklärte er auf die Frage, ob er zur Kenntnis genommen habe, dass seine Ehefrau auf Unterhaltsbeiträge verzichte, und ob er in der Lage wäre, seinen Unterhalt zu finanzieren, falls er ausziehen müsste, nicht etwa, es sei eine Mediation im Gange, er gehe davon aus, als deren Ergebnis Mittel zu erhalten, mit bzw. aus denen er seinen Lebensunterhalt bestreiten könne, sondern er erklärte, er verzichte ebenfalls auf Unterhaltsbeiträge seitens seiner Ehefrau; er könne für sich selber schauen; notfalls würde er auch zur Notschlafstelle; wenn er ausziehen müsse, dann finde er sofort für sich eine eigene Bleibe (KG act. 7/5/10 Prot. S. 8). Gemäss Beschwerdeantwort seien die Parteien "bis zum 20. März 2005" daran gewesen, die finanziellen Belange über eine Mediation zu regeln (KG act. 12 S. 4). E contrario wäre daraus zu folgern, dass nach dem 20. März 2005 und somit im Zeitpunkt der eheschutzrichterlichen Verhandlung vom 30. Mai 2005 keine Mediation mehr im Gange war und der Beschwerdegegner bei seinem dort bekundeten Verzicht auf Unterhaltsbeiträge seitens seiner Ehefrau auch nicht von einer Lösung durch eine Mediation ausgehen konnte. Anbetrachts der vom Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang zitierten Akten ("Urk. 6/4/2, 6/4/3, 6/4/4 und 6/25/9" sowie 6/4/16 [KG act. 12 S. 4]) ist indes zwar zu vermuten, dass der Beschwerdegegner statt 20. März 2005 20. März 2006 meinte. Gemäss "Bericht über die Mediation vom Sommer 2005" von Rechtsanwalt D. vom

- 10 - 26.1.2006 fand aber eine erste diesbezügliche Mediationsitzung am 28.6.2005 statt (KG act. 7/5/4/2) und damit erst nach Abschluss des eheschutzrichterlichen Verfahrens. Auch diesbezüglich konnte der Beschwerdegegner somit bei seinem an der eheschutzrichterlichen Verhandlung vom 30. Mai 2005 bekundeten Verzicht auf Unterhaltsbeiträge seiner Ehefrau nicht von einer Lösung durch eine Mediation ausgehen. Schliesslich lässt der Beschwerdegegner selber in der Beschwerdeantwort erklären, dass er zur Zeit des Eheschutzverfahrens tatsächlich keine Unterhaltsbeiträge von der Beschwerdeführerin wollte (KG act. 12 S. 4 unten). Dass er dies deshalb nicht gewollt habe, weil er der Meinung gewesen sei (welche sich offenbar später als unzutreffend herausstellte), er könne mit der Zuweisung eines angemessenen Vermögensanteils selbständig ein genügendes Einkommen erzielen (KG act. 12 S. 4 unten), ändert nichts daran, dass er mithin im Eheschutzverfahren explizit und bewusst auf Unterhaltsbeiträge seitens der Beschwerdeführerin verzichtete und nun, nachdem sich seine (heute behauptete) damalige Meinung bzw. Hoffnung nicht verwirklichte, nachträglich und eben entgegen seiner damaligen Position und der davon ausgehenden eheschutzrichterlichen Regelung doch Unterhaltsbeiträge verlangt - also eine Abänderung der damaligen Regelung.

### **E. 1.6**

Das folgt im Übrigen auch aus Sinn und Zweck der Regelung, wonach Unterhaltsbeiträge auch für das Jahr vor (erstmaliger) Einreichung des Begehrens gefordert werden können (Art. 173 Abs. 3 ZGB). Der berechtigte Ehegatte soll nicht gezwungen sein, sofort an eine richterliche Instanz zu gelangen. Es soll ihm die notwendige Zeit zugestanden werden, um eine einvernehmliche Regelung zu erzielen, ohne dabei zu riskieren, seine Unterhaltsansprüche zu verlieren (Zürcher Kommentar, Das Familienrecht [Bräm/Hasenböhler], Zürich 1998, N 35 zu Art. 173, mit Hinweis auf BGE 115 II 204). Diese Regelung betrifft den Fall, in welchem die Parteien bezüglich Eheschutz überhaupt noch nicht an eine richterliche Instanz gelangt waren. Im vorliegenden Fall aber waren die Parteien ja bereits bei einer richterlichen Instanz, nämlich bei der Eheschutzrichterin des Bezirkes \_\_\_\_\_, gewesen. Hätte der Beschwerdegegner Unterhaltsbeiträge geltend machen wollen, hätte er dies ohne weiteres in jenem bereits hängigen Verfahren tun können, ohne dass er gezwungen gewesen wäre, neu an eine

- 11 - richterliche Instanz zu gelangen. Tat er das nicht, verzichtete er eben darauf und bedeutet sein späterer diesbezüglicher gegenteiliger Antrag ein Abänderungsbegehren. Art. 173 Abs. 3 ZGB ist darauf nicht anwendbar. 2. Die Beschwerdeführerin hatte, worauf sie in der Beschwerde verweist (KG act. 1 S. 9), vor Vorinstanz geltend gemacht, dass der Beschwerdegegner von ihr seit der Trennung einen Betrag von insgesamt Fr. 101'669.-- bezogen habe, was vollumfänglich an eine allfällige Unterhaltsverpflichtung anzurechnen sei (KG act. 7/3/58 S. 5), bzw. sie habe ihm insgesamt mindestens Fr. 101'669.-- bezahlt, welcher Betrag an eine rückwirkende Unterhaltsverpflichtung anzurechnen sei (KG act. 7/4/81 S. 2). Die Vorinstanz erwog dazu, inwiefern die Beschwerdeführerin ihre Unterhaltspflicht durch die dem Beschwerdegegner zugekommenen Steuerrückzahlungen bzw. weitere Zahlungen ("vgl. Urk. 58 S. 5") erfüllt habe, werde in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren, nicht aber im vorinstanzlichen Erkenntnisverfahren zu klären sein (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 25 Erw. 5.7). Mit dieser Begründung unterliess die Vorinstanz eine Klärung der Behauptung der Beschwerdeführerin, eine allfällige (rückwirkende) Unterhaltspflicht bereits durch Zahlungen im Umfang von Fr. 101'669.-- getilgt zu haben, und verpflichtete die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner

rückwirkend Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, ohne an diese Verpflichtung behauptete bereits erfolgte Zahlungen anzurechnen und ohne im Dispositiv im Zusammenhang mit dieser Verpflichtung festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin bereits geleistete Zahlungen an diese Unterhaltsbeiträge anrechnen könne (KG act. 2 S. 29).

## **E. 2**

Das Obergericht beschloss am 20. Dezember 2006, den beiden Kindern zu ihrer Vertretung im Eheschutzverfahren der Parteien einen Prozessbeistand beizugeben, und ersuchte die Sozialkommission der Gemeinde \_\_\_\_\_ um

- 3 - Bestellung des Prozessbeistandes (KG act. 7/1/13). Diese ernannte am 22. Dezember 2006 Rechtsanwalt C. zu diesem Prozessbeistand (KG act. 7/1/19). Mit Beschluss vom 16. Juli 2007 stellte das Obergericht (I. Zivil- kammer) u.a. die beiden Söhne für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beschwerdegegners, verpflichtete die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner (neben Unterhaltsbeiträgen für die Söhne) persönliche Unter- haltsbeiträge rückwirkend ab 1. September 2005 zu bezahlen (Dispositiv Ziff. 4./1.d), und verpflichtete die Beschwerdeführerin überdies im Sinne von Art. 159 Abs. 3 ZGB, dem Beschwerdegegner für seine Aufwendungen im Rekursverfahren (Anwalts- und Gerichtskosten) einen Betrag von Fr. 18'000.-- zu bezahlen (Dispositiv Ziff. 5) (KG act. 2 S. 28 - 30).

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, dies verletze klares materielles Recht und sei willkürlich. Werde ein Geldbeitrag an den ehelichen Unterhalt rückwirkend festgesetzt, so müsse gemäss ständiger Praxis und einhelliger Lehre berücksich- tigt werden, was der verpflichtete Ehegatte bereits geleistet habe. Die Anrechen- barkeit der bisherigen Zahlungen und Bezüge lasse sich im Vollstreckungsverfah- ren gar nicht überprüfen (Beschwerde KG act. 1 S. 8 - 10).

### **E. 2.2**

Eheschutzentscheide sind Entscheide über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Gegen sie kann vor Bundesgericht nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (BGE 133 III 393). Deshalb können

- 12 - gegen Eheschutzentscheide des Obergerichts mit Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht sämtliche Rügen im Sinne von § 281 ZPO erhoben werden, mithin auch die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts (BGE 133 III 585 Erw. 3.4; vgl. bereits Kass.-Nr. AA070025 vom 4.6.2007 Erw. II.2). Auf die Rügen ist unter diesem Aspekt einzutreten.

### **E. 2.3**

Der Beschwerdegegner verweist auf den seiner Auffassung nach richti- gen Entscheid der Vorinstanz. Zudem sei die Beschwerdeführerin durch den vor- instanzlichen Entscheid in diesem Punkt gar nicht beschwert. Er werde sich eine Akontozahlung von Fr. 30'000.-- anrechnen lassen müssen und diese vom rück- wirkend zugesprochenen Gesamtunterhalt in Abzug bringen. Die weiteren von der Beschwerdeführerin behaupteten Zahlungen würden bestritten (Beschwerdeant- wort KG act. 12 S. 8).

### **E. 2.4**

Diese Rüge ist begründet. Gemäss der von der Beschwerdeführerin zutreffend zitierten Lehre sind bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen schon tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (Berner Kommentar, Band II das Familienrecht [Hausheer Reusser Geiser], Bern 1999, N 23 zu Art. 173 ZGB; Zürcher Kommentar, a.a.O., N 150 zu Art. 163 ZGB; Basler Kommentar, a.a.O., N 11 zu Art. 173 ZGB). Im Eheschutzverfahren ist nicht einzig über den Anspruch auf Unterhalt zu entscheiden. Vielmehr ist diesbezüglich zu entscheiden, ob und welche Unterhaltsbeiträge die Verpflichtete dem Berechtigten zu bezahlen hat. Die Berechnung des grundsätzlichen Unterhaltsanspruchs ist dazu zwar notwendige Voraussetzung, beinhaltet aber nicht bereits den Entscheid. Mit diesem ist nicht festzustellen, auf welchen Unterhalt der Berechtigte Anspruch hat, sondern die Verpflichtete wird zur Leistung bestimmter Zahlungen verpflichtet. Dabei darf sie nicht zu Zahlungen verpflichtet werden, die sie bereits geleistet hat. Im Umfang dieser Leistung ist nämlich die entsprechende Verpflichtung untergegangen und darf die Verpflichtete nicht trotzdem neu zur Leistung verpflichtet werden. Selbst eine Ermächtigung im Dispositiv, die Verpflichtete könne bereits geleistete Zahlungen an die geschuldeten Unterhaltsbeiträge anrechnen, belastete in unhaltbarer

- 13 - Weise ein allfälliges Vollstreckungsverfahren mit Unklarheiten. Es liegt nicht am Rechtsöffnungsrichter, darüber entscheiden zu müssen, ob und ggfs. in welcher Höhe bzw. in welchem Umfang bereits vor einer eheschutzrichterlichen Verfügung geleistete Unterhaltszahlungen an die eheschutzrichterlich verfügten Unterhaltspflichtigen anzurechnen, deshalb eben gar nicht mehr geschuldet sind und von den verfügten Unterhaltsbeiträgen in Abzug gebracht werden können. Vielmehr darf die Vorinstanz die Beschwerdeführerin gar nicht zu einer solchen Leistung verpflichten, wenn sie sie zur Zeit des angefochtenen Beschlusses bereits erfüllt hat, da ein allfälliger Anspruch des Beschwerdegegners mit der Leistung untergegangen ist (vgl. Kass.-Nr. AA070052 vom 28.12.2007 Erw. III.3.d). Die Vorinstanz verpflichtete die Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 16. Juli 2007, dem Beschwerdegegner monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'600.-- bzw. Fr. 6'500.- bzw. Fr. 5'950.-- ab 1. September 2005 zu bezahlen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 29). Der Vollstreckungsrichter hat davon auszugehen, dass diese Verpflichtungen zur Zeit des angefochtenen Beschlusses bestanden und dass dabei vom Gericht sämtliche Einwendungen gegen diese Verpflichtungen berücksichtigt und bereinigt worden sind. Der Vollstreckungsrichter hat Behauptungen von Tilgungen einer auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhenden Forderung nur soweit zu berücksichtigen, als die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt worden ist (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Vor Erlass des Urteils behauptete Tilgungen hat der Sachrichter zu berücksichtigen. Der gegenteilige angefochtene Beschluss verletzt insoweit klares materielles Recht und ist aufzuheben. Die Vorinstanz wird die Behauptungen der Beschwerdeführerin zu prüfen haben (und nicht ins Vollstreckungsverfahren verweisen dürfen), die Unterhaltspflicht bereits durch Unterhaltszahlungen oder entsprechende Leistungen getilgt zu haben, und wird die Beschwerdeführerin nur zur Leistung solcher Unterhaltsbeiträge verpflichten dürfen, welche diese nach Abzug sämtlicher geltend gemachten, geprüften und als begründet erkannten daran anrechenbaren Leistungen im Zeitpunkt des Erlasses des vorinstanzlichen Beschlusses noch schuldet.

## **E. 2.5**

Im Gegensatz zur Behauptung des Beschwerdegegners ist die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Beschluss sehr wohl beschwert, indem sie damit zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet wird, welche sie

- 14 - selbst nach dem Zugeständnis des Beschwerdegegners bereits teilweise geleistet hat. Dass der Beschwerdegegner die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Leistungen teilweise bestreitet, ändert selbstverständlich nichts daran, dass sie von der Vorinstanz zu prüfen sind, sondern macht gerade noch deutlicher, dass diese Prüfung nicht dem Vollstreckungsrichter übertragen werden darf.

### **E. 3**

Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz dem Beschwerdegegner keine "Übergangsfrist zur Erzielung von Einkommen" angesetzt, sondern diese Frage dem Scheidungsrichter überlassen habe (Beschwerde KG act. 1 S. 10 ff. Ziff. 6 mit Bezugnahme auf S. 16 des angefochtenen Beschlusses).

#### **E. 3.1**

An der Stelle, auf welche die Beschwerdeführerin verweist, erwog die Vorinstanz, da die Parteien Ende August 2007 die Trennungsfrist gemäss Art. 111 f. ZGB hinter sich gebracht haben würden und da angesichts des bisherigen Prozessverlaufs mit der baldigen Einreichung eines Scheidungsbegehrens zu rechnen sei, sei im vorliegenden Eheschutzverfahren davon abzusehen, dem Beschwerdegegner zur Erzielung eines Einkommens eine Übergangsfrist anzusetzen bzw. ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Dies sei vielmehr dem Scheidungsrichter im ordentlichen Verfahren zu überlassen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 16 Erw. 5.3).

#### **E. 3.2**

Der Eheschutzrichter hat bei einer Aufhebung des gemeinsamen Haushalts auf Begehren eines Ehegatten die in Art. 176 Abs. 1 ZGB aufgeführten Massnahmen zu treffen. Die "Ansetzung einer Übergangsfrist zur Erzielung von Einkommen" gehört nicht dazu. Auch von der Beschwerdeführerin wurde in den vorinstanzlichen Verfahren keine solche Ansetzung als Eheschutzmassnahme beantragt (vgl. KG act. 7/5/10/1, KG act. 7/6/27 S. 1, KG act. 7/1/8 S. 2). Eine solche fällt als Eheschutzmassnahme ausser Betracht. Sie hätte nur im Zusammenhang mit der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen eine Bedeutung (vgl. auch den von der Beschwerdeführerin zitierten BGE 128 III 65). Die Beschwerdeführerin beanstandet indes weder Höhe noch Dauer der vorinstanzlich festgelegten Unterhaltsbeiträge, soweit diese für die Zukunft geregelt wurden. Diese Rüge geht fehl.

- 15 -

### **E. 4**

Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz dem Beschwerdegegner einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 18'000.-- zugesprochen hat (Beschwerde KG act. 1 S. 13).

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, gemäss konstanter Praxis der I. Zivilkammer könne bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die angesprochene Partei gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB "und damit spätestens im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung anrechenbar" verpflichtet werden, der ansprechenden Partei die

Aufwendungen des Verfahrens bzw. für die Rechtsvertretung zu ersetzen. Die finanziellen Voraussetzungen für einen solchen Prozesskostenbeitrag (Mittellosigkeit des Beschwerdegegners, Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin) seien grundsätzlich erfüllt. Da der Beschwerdegegner jedoch im Jahr 2006 und ab Juli 2007 über einen (bescheidenen) Freibetrag verfügt habe bzw. verfüge, sei ihm zuzumuten, zumindest seinen Anteil an den Kosten des Prozessbeistandes selbst zu bezahlen. Somit sei ihm ein Prozesskostenbeitrag zur Deckung seiner Anwalts- und Prozesskosten (mit Ausnahme seines Anteils an den Kosten der Prozessbeistandschaft) zu gewähren, wofür ihm ein Betrag von Fr. 18'000.-- zuzusprechen sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 25 f.).

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dem Beschwerdegegner seien für das Jahr 2006 und für die Zeit ab Juli 2007 Unterhaltsbeiträge zugesprochen worden, welche sein Existenzminimum deutlich überstiegen. Im Jahre 2006 erhalte er für sich allein einen Freibetrag von monatlich Fr. 1'000.-- nach Steuern und ab 1. Juli 2007 einen Freibetrag von Fr. 1'650.-- nach Steuern. Da sie bereits verpflichtet worden sei, dem Beschwerdegegner aus ihrem Vermögen existenzsichernde Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, obwohl sie selber nicht leistungsfähig sei, und antrags der seit Beginn der Ehe bestehenden Gütertrennung sei der vorinstanzliche Ermessensentscheid, dem Beschwerdegegner noch einen zusätzlichen Prozesskostenbeitrag aus ihrem Vermögen zu bezahlen, unhaltbar und willkürlich. Sie bezahle ihm bereits für das erstinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 14'500.--. Es sei ihm zuzumuten, seine darüber liegenden Gerichts- und Anwaltskosten durch monatliche Ratenzahlungen aus

- 16 - dem Freibetrag abzuführen. Er habe keine güterrechtlichen Ansprüche. Der gegenteilige vorinstanzliche Entscheid sei willkürlich und widerspreche klarem materiellem Recht (Beschwerde KG act. 1 S. 13 f. Ziff. 7).

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdegegner verweist auf den seiner Auffassung nach nicht zu beanstandenden vorinstanzlichen Entscheid. Die Beschwerdeführerin sei ohne weiteres leistungsfähig, der zugesprochene Prozesskostenbeitrag antrags der anwaltlichen Aufwendungen bescheiden und der Beschwerdegegner nicht leistungsfähig (Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 9 f.).

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdegegner stellt - zu Recht - nicht in Abrede, dass die Parteien seit Beginn der Ehe unter dem Güterstand der Gütertrennung leben, wie die Beschwerdeführerin unter Verweisung auf "act. 6/4/5" (= KG act. 7/5/4/5) betont. Es wird deshalb keine güterrechtliche Auseinandersetzung geben (vgl. Art. 247 - 251 ZGB im Gegensatz zu Art. 204 und Art. 236 ZGB; Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zürich 1995, S. 204; vgl. auch Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 7 zu Art. 120, Basler Kommentar, a.a.O., N 6 zu Art. 120 sowie Schwenzer, FamKommentar Scheidung, Bern 2005, N 3 zu Art. 120, welche alle zur in Art. 120 Abs. 1 ZGB genannten güterrechtlichen Auseinandersetzung auf die Art. 204 ff. und 236 ff., nicht aber auf Art. 247 ff. ZGB verweisen). Wenn die Vorinstanz erwähnt, dass ein Prozesskostenbeitrag auf Art. 159 Abs. 3 ZGB zu stützen (vgl. dazu im Eheschutzverfahren Berner Kommentar, a.a.O., N 38a zu Art. 159 ZGB) und "spätestens im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung anrechenbar" sei, scheint sie bei der

Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Leistung eines solchen Prozesskostenbeitrags die seit Beginn der Ehe bestehende Gütertrennung der Parteien übersehen zu haben, gemäss welcher es gar keine güterrechtliche Auseinandersetzung geben wird. Damit ist nicht vereinbar, dass die Vorinstanz den Prozesskostenbeitrag als im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung anrechenbar erklärte. Der angefochtene Beschluss ist deshalb auch diesbezüglich aufzuheben. Die Frage der Zulässigkeit eines solchen Prozesskostenbeitrags im vorliegenden Fall ist auf anderer rechtlicher Grundlage zu beantworten, wenn davon ausgegangen wird, dass er eben nicht im Rahmen

- 17 - einer (zufolge Gütertrennung nicht vorzunehmenden) güterrechtlichen Auseinandersetzung angerechnet werden kann. Das heisst aber nicht, dass ein solcher Prozesskostenbeitrag von vornherein ausgeschlossen wäre und nicht auf anderer Grundlage beschlossen werden könnte. In Beziehung zur Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners wies die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nach. Insbesondere übergeht sie, dass die Vorinstanz dem Beschwerdegegner den Überschuss über das Existenzminimum von Fr. 1'000.-- monatlich im Jahr 2006 bzw. Fr. 1'650.-- monatlich ab Juli 2007 in durchaus haltbarer Weise zur Aufrechterhaltung des gewohnten ehelichen Lebensstandards bzw. zur Deckung von Fahr- und Ferienkosten, Taschengeld der Kinder etc. zusprach (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 24 f.) und dieser Überschuss demnach nicht ausreicht, daneben noch die Gerichts- und Anwaltskosten des Eheschutzverfahrens zu bezahlen.

## **E. 5**

Zusammenfassend wies die Beschwerdeführerin Nichtigkeitsgründe bei der vorinstanzlichen rückwirkenden Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen (einerseits unzulässige Rückwirkung über die Einreichung des Abänderungsbegehrens vom 4. Mai 2006 hinaus, andererseits mangelnde Prüfung der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Leistungen an die Unterhaltsbeiträge bis zum Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses) sowie beim dem Beschwerdegegner zugesprochenen Prozesskostenbeitrag für das Rekursverfahren nach. Die entsprechenden vorinstanzlichen Anordnungen sind demnach antragsgemäss aufzuheben. Dies betrifft die Dispositiv-Ziffer 4./1.d Striche 1 - 3 (d.h. mit Bezug auf die dem Beschwerdegegner für die Zeit zwischen 1. September 2005 und 30. Juni 2007 zugesprochenen Unterhaltsbeiträge) sowie die Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Beschlusses. Zwar umfasst der Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 4./1.d des angefochtenen Beschlusses auch die dem Beschwerdegegner ab 1. Juli 2007 zugesprochenen Unterhaltsbeiträge (Dispositiv-Ziffer 4./1.d Strich vier des angefochtenen Beschlusses KG act. 2 S. 29). In ihrer Begründung wendet die Beschwerdeführerin indes dagegen nichts ein und weist diesbezüglich keinen Nichtigkeitsgrund nach. Sie beschränkte auch den Antrag auf Erteilung der aufschiebende Wirkung explizit auf die Unterhaltsbeiträge vor Juli 2007 (Beschwerde KG act. 1 S. 2). Von einer Aufhebung von

- 18 - Dispositiv-Ziffer 4./1.d Strich vier des angefochtenen Beschlusses ist deshalb abzusehen. II I. 1. Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde überwiegend. Indes unterliegt sie mit ihrer Rüge bezüglich "Ansetzung einer angemessenen Übergangsfrist". Als einer von vier Themenbereichen der Beschwerde kann deren Anteil bei der Verteilung der Gerichts- und Anwaltskosten mit einem Viertel in Rechnung gestellt werden. Entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin zu einem Viertel und dem Beschwerdegegner zu drei Vierteln

aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO) und ist der Beschwerdegegner zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO), und zwar antragsgemäss (Beschwerde KG act. 1 S. 2) zuzüglich Mehrwertsteuer (wogegen der Beschwerdegegner nicht opponierte). 2. Für die Bemessung der Gerichtsgebühr ist bereits die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (GGebV) vom 4. April 2007 anwendbar (§ 19 GGebV). Dabei sind in der Gerichtsgebühr die Schreib- und Zustellgebühren etc. bereits enthalten (§ 2 Abs. 2 GGebV). In der Gebühr sind auch die Kosten für den Zwischenbeschluss vom 31. Januar 2008 enthalten (vgl. KG act. 23 S. 10 Ziff. 3). Im Zusammenhang mit dem Zwischenbeschluss vom 31. Januar 2008 ist sodann keiner Partei zu Lasten der anderen eine Entschädigung zuzusprechen. Dieser Zwischenbeschluss ändert auch an den Entschädigungsfolgen gemäss vorstehender Erw. 1 nichts. IV. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG

- 19 - genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Gegenstand des Verfahrens vor Kassationsgericht waren einzig noch finanzielle Belange (Unterhaltsbeiträge, Prozesskostenbeitrag). Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 74 BGG. Der Streitwert beträgt mindestens Fr. 142'000.-- (Summe der vorinstanzlich dem Beschwerdegegner zugesprochenen Unterhaltsbeiträge für die Zeit vom 1. September 2005 bis 30. Juni 2007 [Fr. 124'000.--] zuzüglich Prozesskostenbeitrag von Fr. 18'000.--. Hinzu kommt der unbestimmte Wert des Antrags auf "Ansetzung einer angemessenen Übergangsfrist"). Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.